

**QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E
DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS:
O DEVER ESTATAL DE
PRESERVAÇÃO DA FONTE DA PROVA**



Assusete Magalhães
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS: O DEVER ESTATAL
DE PRESERVAÇÃO DA FONTE DA PROVA

Ministra Assusete Magalhães¹

1) INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais são temas de significativa relevância na Constituição Federal de 1988. A opção do Constituinte de destacá-los logo nas primeiras disposições constitucionais, após os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, simboliza o compromisso com a sua proteção e realização, bem como o papel essencial que cumprem em nossa ordem jurídica.

Contudo, a positivação de direitos fundamentais nas Constituições democráticas e a estipulação de garantias asseguradoras desses direitos, compromissadas com a proteção da dignidade da pessoa humana, são resultado de uma maturação histórica gradativa.²

¹ Ministra do Superior Tribunal de Justiça.

² É o que se constata, por exemplo, pela perspectiva de estudo das gerações ou dimensões de direitos fundamentais, em que se ressaltam a sua historicidade e a sua relativização quanto à sua pretensão de universalidade, na medida em que dependem de numerosos fatores extrajurídicos (culturais, políticos, sociais, etc). Ou, ainda, a partir da constatação da múltipla funcionalidade dos direitos fundamentais (como direitos de defesa, direitos à prestação, direitos difusos). Nesse sentido, consultar: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83-93.

A triste lição colhida dos abusos cometidos em períodos autoritários, no mundo e na história recente do Brasil, ao longo do século XX, demonstra a necessidade de um contínuo esforço pelo desenvolvimento e proteção desses direitos. Em verdade, os direitos fundamentais acentuam a importância de se reconhecer que os indivíduos, antes de terem deveres perante o Estado, têm direitos a serem respeitados e assegurados.

Essa preocupação com a liberdade e a dignidade da pessoa humana, própria da teoria dos direitos fundamentais, por vezes é expressa a partir da afirmação comum de que esses direitos têm, como características, a posição de supremacia na ordem jurídica e a impossibilidade de sua supressão. Entretanto, isso não traduz a ideia de um direito ilimitado, nem permite concluir no sentido da impossibilidade de algum grau de condicionamento, conformação ou restrição desses direitos.³

Em verdade, o conflito de interesses individuais, coletivos e difusos, presente nas complexas e dinâmicas sociedades atuais, exige mecanismos de ajuste, que conciliem o exercício e proteção de distintos direitos fundamentais entre si ou entre esses e outros bens e valores constitucionalmente protegidos.⁴

Em cada ordenamento jurídico, o desafio reside em estabelecer as formas, os mecanismos e os limites de restrição a direitos fundamentais, seja para interpretar o alcance do âmbito de proteção de um direito ou mesmo o de uma restrição expressamente admitida no texto constitucional, seja para enfrentar o problema da existência de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.⁵

³ Dada a intenção meramente propedêutica da discussão, não se pretende aqui aprofundar acerca da problemática relativa às diversas conceituações e às múltiplas tipologias das restrições a direitos fundamentais, bem como acerca dos termos correlatos ou afins. Para uma análise mais detalhada, consultar: NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra Editora, 2003, p. 172--278.

⁴ Cfe. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores: Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118-119.

⁵ Quanto à problemática da discussão de restrições não expressamente autorizadas na Constituição, consultar: NOVAIS, *op. cit.*, 2003.

No Brasil, a Constituição Federal não definiu uma autorização geral de restrição de direitos, liberdades e garantias. Também não estipulou, de forma geral, como se deve proceder à limitação dos direitos fundamentais, em qualquer caso; nem estabeleceu, textualmente, uma norma ou conceito indeterminado, para tanto (como núcleo essencial ou limite imanente). Mesmo as chamadas cláusulas pétreas não são absolutas e podem ser conformadas e restringidas, em certos casos, embora não possam ser objeto de deliberação as propostas legislativas tendentes a aboli-las.

De todo modo, essa prévia indefinição, quanto a um sistema geral de restrição a direitos fundamentais, não impede que a doutrina e a jurisprudência, com base em uma interpretação sistemática, definam os critérios para tal, em cada caso.

Nesse sentido, operam como critérios contributivos a essa sistematização, por exemplo: a reserva de lei (simples ou qualificada), a definição doutrinária da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais e do seu âmbito de proteção, em cada caso, o princípio da proporcionalidade, a proibição de restrições casuísticas (relativas ao princípio da igualdade).⁶

Também se deve considerar que os direitos fundamentais são concebidos, primordialmente, como normas-princípio, passíveis de estarem envolvidos em eventuais colisões entre si ou entre eles e bens ou valores constitucionalmente protegidos.⁷ Há, ainda, a preocupação

⁶ DIAS, Eduardo Rocha. Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988, In: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima; Paulo Antonio Menezes Albuquerque. (Org.). **Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller**. 1 ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Fundação Boiteux, 2006, v. 1, p. 169 -170.

⁷ Os critérios relativos à restrição de direitos fundamentais podem variar, a depender das opções teóricas e metodológicas que forem adotadas. Nesse sentido, destaca Gilmar Mendes: "A complexidade da questão relativa às restrições dos direitos fundamentais dificulta, também, a sistematização uniforme das hipóteses incidentes. Em verdade, tal sistematização depende, essencialmente, da própria concepção teórica sobre as restrições e dos objetivos que se lhes atribuem." MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 199.

acerca da adequação formal e material das leis restritivas de direitos fundamentais, que estão, desse modo, sujeitas ao cumprimento de uma série de requisitos.⁸

Enfrentando a temática, o Supremo Tribunal Federal tem afirmado que

não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos na própria Constituição.⁹

2) O DIREITO À INTIMIDADE, A INVIOABILIDADE DAS COMUNICAÇÕES EM GERAL E A EXCEPCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO CONSTITUCIONAL

No contexto geral dos direitos fundamentais anteriormente exposto, destaca-se a questão relacionada à interpretação e aplicação do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, que dispõe ser

(...) inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A esse respeito, comenta STRECK que se trata de dispositivo que reflete um dos maiores dilemas constitucionais verificados, na atualidade, quanto à tutela dos direitos e garantias fundamentais, pois

⁸ Segundo Canotilho: “Trata-se de estudar ou analisar a 3º instância do procedimento da restrição de direitos. Depois de verificado o âmbito de proteção e averiguada a existência de uma autêntica restrição através da lei, cumpre verificar se a lei restritiva preenche os requisitos constitucionais fixados.” CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra, Portugal: Ed. Livraria Almedina, 2001, p. 441.

⁹ STF, MS 23.453, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Pleno, DJ de 12/05/2000.



(...) embora a Constituição assegure a inviolabilidade das correspondências e comunicações, ela também prevê, nitidamente, a possibilidade de limitação/restricção dessa garantia constitucional. A grande questão que se coloca, portanto, é saber em que medida o Estado, com todo o seu aparato, pode ingressar na esfera privada da vida dos cidadãos, em consonância com o regime inaugurado pelo constitucionalismo democrático.¹⁰

O referido dispositivo constitucional guarda relação com o direito à intimidade e à privacidade, na medida em que terceiros não estão autorizados a ter acesso à esfera particular de outrem, seja quanto ao conteúdo, seja em relação aos integrantes de suas comunicações pessoais.

Além disso, vale mencionar que a inviolabilidade das comunicações de dados – diferentemente do sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas (introduzido na Constituição de 1967) – foi incluída pela Constituição Federal de 1988. A importância dessas garantias de sigilo é evidenciada pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não admitia, até o advento da Lei 9.296/96, a interceptação telefônica como meio de prova, mesmo que precedida de autorização judicial, entendendo que o aludido dispositivo constitucional era, até então, de eficácia limitada.

Destaca-se, outrossim, que ainda é controvertida, na doutrina e em parte da jurisprudência, a questão relativa ao alcance da restrição constitucional prevista na parte final do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, vale dizer, se a quebra da inviolabilidade, por ordem judicial, aplica-se somente às comunicações telefônicas ou também abrangeria a comunicação de dados e as demais hipóteses do referido dispositivo constitucional.

Prevê o art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.296/96 que as normas contidas no mencionado diploma legal são aplicáveis à interceptação de

¹⁰ STRECK, Lênio. Sigilo de correspondência e comunicações. Comentário ao art. 5º, XII, da CF. *in*: CANOTILHO, J.J.; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 292.

fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, dispositivo cuja constitucionalidade tem sido frequentemente questionada.

Segundo parte da doutrina, que confere ao aludido dispositivo constitucional interpretação mais restritiva, a que se filia GRINOVER¹¹, a expressão “no último caso”, contida no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal – que dispõe ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, **no último caso**, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” –, admitiria a interceptação apenas das comunicações telefônicas.

No mesmo sentido, entende GRECO:

Nossa interpretação é no sentido de que “no último caso”, refere-se apenas às comunicações telefônicas, pelas seguintes razões:

Se a Constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados, a ressalva estaria redigida não como “no último caso”, mas como “no segundo caso”. Ademais, segundo os dicionários, no último significa o derradeiro, o que encerra, e não, usualmente, o segundo.

Por outro lado, a garantia constitucional do sigilo é a regra e a interpretação a exceção, de forma que a interpretação deve ser restritiva quanto a esta (*exceptiora non sunt amplianda*).¹²

Pondera, entretanto, GRINOVER:

é possível que o STF venha a adotar uma terceira posição, segundo a qual a exceção constitucional ao sigilo abrangeria não apenas as comunicações telefônicas, mas também as de dados: não tanto porque o Supremo tem admitido por diversas vezes a quebra de dados bancários

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no Processo Penal**. 10.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 215.

¹² GRECO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296/96**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.16-17.

e dados de contas telefônicas (mas aqui se poderia argumentar com o fato de não haver “comunicação de dados”), mas porque na questão de ordem da Petição 577, aos 25.03.1992, ficou expressamente assentado que o art. 5.º, XII, da Constituição somente cogita de dois casos de sigilo, divididos, cada um, em duas situações: a) sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas; b) sigilo de dados e comunicações telefônicas. Nesta última, afirmou o Min. Marco Aurélio, a inviolabilidade é relativa, sendo que sua quebra, prevista pelo art. 38 da Lei 4.595/64, foi recepcionada pela Constituição superveniente. A ser mantido esse entendimento, tudo que se referisse a “dados” (e não somente à sua comunicação) estaria abrangido pelo inc. XII do art. 5.º da CF, e a possibilidade de quebra do sigilo estaria prevista não só para as comunicações telefônicas, mas também quanto à comunicação de dados e a dados *tout court*.¹³

Sobre a controvérsia, embora o Supremo Tribunal Federal tenha iniciado o enfrentamento do tema, no julgamento da Medida Cautelar na ADI 1488, não o finalizou, em razão da ilegitimidade ativa *ad causam* da requerente. De todo modo, o indeferimento da medida cautelar, no sentido de manter hígida a regra de possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, milita em favor da presunção da constitucionalidade da referida previsão legal. Eis a ementa do referido julgado:

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Parágrafo único do art. 1º e art. 10 da Lei nº 9.296, de 24.7.1996. 3. Alegação de ofensa aos incisos XII e LVI do art. 5º, da Constituição Federal, ao instituir a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. 4. Relevantes os fundamentos da ação proposta. Inocorrência de periculum in mora a justificar a suspensão da vigência do dispositivo impugnado. 5. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida. Medida cautelar indeferida.¹⁴

¹³ GRINOVER, *op.cit.*, p. 210-211.

¹⁴ STF, ADI 1488 MC, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, DJ de 26.11.1999.

Nesse sentido, destaca-se que o entendimento que se tem sedimentado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é o da possibilidade de restrição também das comunicações em sistemas de informática e telemática, nos termos da legislação infraconstitucional de regência¹⁵.

Sobre essa questão, STRECK apresenta o seguinte posicionamento:

(...) a expressão faz referência apenas às “comunicações telefônicas” ou, então, às três modalidades de comunicações previstas no dispositivo legal? A resposta adequada à Constituição, nesse caso, é no sentido de que qualquer que seja o meio utilizado para a comunicação – telegráfica, de dados e telefônica – é passível de interceptação para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, desde que autorizada por ordem judicial, nos termos da Lei 9.296/96. (...) Dito de outro modo, a lei objetivou estender a aplicação das hipóteses de interceptação de comunicações telefônicas a qualquer espécie de comunicação, ainda que realizada mediante sistemas de informática, existentes ou que venham a ser criados, como, por exemplo, a modalidade ‘cabo’ ou ‘wireless’ (redes sem fio, hoje largamente utilizada, em substituição ao uso da telefonia para o funcionamento da internet), devendo a lei ordinária ser interpretada de acordo com a Constituição, adaptando-se à criação (inexorável) de novas tecnologias de comunicação de informações e dados.¹⁶

Ainda a esse respeito, o referido autor sustenta que a Constituição Federal e a Lei 9.296/96 tratam do termo comunicação (idéia de dados em tráfego, que não se confundem com dados estáticos), tendo a referida Lei previsto a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações

¹⁵ STJ, HC 33.682, Rel. Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, DJe de 04/05/2009; HC 101.165, Rel. Ministra JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, DJe de 22/04/2008; RHC 25.268, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), Sexta Turma, DJe de 11/04/2012; HC 148.389, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, DJe de 31/08/2011; HC 20.087, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 29/09/2003.

¹⁶ STRECK, *op. cit.*, 2013, p. 293.

em sistemas de informática e telemática. Assim, “quisesse o constituinte limitar a interceptação simplesmente aos telefonemas entre pessoas, não teria usado ‘comunicações’ *lato sensu*.”¹⁷

Outro aspecto importante nesse debate é o fato de que, em 1988, certamente não se vislumbrava um avanço tecnológico tão rápido, no campo das telecomunicações (ao menos do ponto de vista das comunicações entre cidadãos e pessoas, em todo o mundo). Nesse sentido, merece destaque, no Brasil, a expansão da telefonia móvel, que ultrapassou, em muito, a telefonia fixa, como meio de universalização dos sistemas de telecomunicações.

Além disso, os telefones móveis permitem, atualmente, não apenas a realização de ligações telefônicas, mas uma gama de outras formas de comunicações de dados, via internet (ligações; troca de mensagens de texto; troca de arquivos de áudio e vídeo; transações comerciais diversas; troca de *e-mails*, etc). O crescimento do uso de computadores, *tablets*, *smartphones* e outros dispositivos semelhantes também alavancou o uso da internet em todo o país.

De um lado, esse enorme avanço tecnológico e o crescente aumento do uso de novas tecnologias acaba por exigir uma atuação do Estado, em favor da coletividade, no sentido de coibir crimes que ocorram por esses meios, ou identificáveis a partir da investigação dos dados que transitam nesses sistemas de telecomunicações. Ao mesmo tempo, essa constatação parece reforçar o entendimento de que a restrição constitucional possa se dirigir a todas as formas de comunicações, respeitados os requisitos constitucionais e legais.

Não é outra a compreensão de GOMES, ao sublinhar que “a extensão seria condizente com a **ratio legis** que inspirou a própria norma constitucional, e com a própria tecnologia das comunicações.”¹⁸

¹⁷ STRECK, *op. cit.*, 2013, p. 293.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. *apud* DUCLERC, Elmir. **Prova e Garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 150.

De outro lado, nos tempos atuais, contudo, assiste-se a uma crescente exposição consentida da intimidade e da vida privada, segundo esclarece CASTRO, ao tomar, como enfoque, a questão do tratamento dos dados pessoais:

Apesar da ameaça à privacidade que os tratamentos de dados pessoais podem constituir – daí que, como veremos, a Constituição e as leis tenham velado pela sua garantia –, as vantagens da sua utilização são tantas, que provavelmente já não imaginamos o nosso dia a dia sem a utilização de tratamentos de dados pessoais. Vamos, aos poucos, fazendo cedências, comprimindo o nosso direito de permanecer na penumbra.¹⁹

É o que se verifica atualmente, em relação ao uso de redes sociais de comunicação na internet e em programas privados de partilha de dados (como fotografias e outros tipos de arquivos), ou mesmo a exposição consentida, em programas denominados *reality shows*.

Apenas a título de contraponto histórico, é curioso notar que, de acordo com CASTRO, “no início do Século XX, a privacidade era fundamentalmente ameaçada pelo crescimento da imprensa escrita, associada à imagem fotográfica.”²⁰

De todo modo, a opção pela exposição consentida da intimidade não significa uma permissão de devassa ou intromissão não autorizada, por parte do Estado, no campo da inviolabilidade de comunicações de dados em sistemas de informática e telemática. É preciso obedecer o devido processo legal, produzir e manter as provas colhidas, na seara criminal, nos estritos termos legais, a fim de permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório, princípios considerados como garantia fundamental do acusado.

¹⁹ CASTRO, Catarina Sarmiento. **Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais**. Coimbra/Portugal: Almedina, 2005, p. 21.

²⁰ CASTRO, *op. cit.*, 2005, p. 19.

Assim, ultrapassadas essas considerações iniciais acerca da relevância dos direitos fundamentais, em nosso ordenamento jurídico, e a importância do direito à intimidade e à inviolabilidade das comunicações em geral – embora excepcionáveis, em determinadas circunstâncias –, avança-se a análise para outra questão correlata às discussões anteriores: o problema da preservação da fonte de prova e a vedação de sua fragmentação e da perda de sua unidade, para efeito do exercício da ampla defesa e do contraditório.

Para elucidar essa questão, toma-se, como base, um recente caso, julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

3) A PRESERVAÇÃO DA FONTE DA PROVA E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL

Na lição de GOLDSCHMIDT, “o processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários e democráticos da sua Constituição.”²¹ Por assim dizer, a uma Constituição democrática, pacto de representação da soberania popular, deve corresponder um processo penal que esteja “a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo.”²² Impõe-se, assim, a leitura dos comandos processuais penais de forma verticalizada, à luz da Carta Magna, que define os limites da intervenção estatal e determina as regras do jogo, o devido processo legal, na sua dimensão formal e material.

Como ensina GIACOMOLLI:

O processo penal é um instrumento de que se valem as partes e a própria atividade jurisdicional para que incida o *ius puniendi* ou para evitar a sua aplicação. Estabelece-se, no desenrolar do processo, uma situação processual de embate entre punição e liberdade. De um lado, o Estado (como regra) desenvolve atividades tendentes à incidência do

²¹ GOLDSCHMIDT, James, *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7.

²² LOPES JÚNIOR, Aury, *op.cit.*, 2010, p. 7.

ius puniendi e a defesa, em pólo antagônico, labora na preservação do status libertatis e/ou na diminuição das conseqüências da intervenção estatal. Nesse jogo dialético, o acusado é o sujeito que integra o processo, como regra, como parte fragilizada pela carga acusatória estatal. Mesmo que toda a carga acusatória atinja o acusado, este continua sendo pessoa humana, sujeito processual e não objeto do processo: é sujeito de direitos e garantias processuais. Não se pode falar em processo constitucionalmente válido sem respeito à dignidade do acusado.²³

Estabelecida tal premissa, certo é que:

Aos olhos do Estado, Poder Público organizado para a satisfação e realização dos direitos fundamentais, único fundamento legitimante de tal organização política, a condenação de um culpado ou a absolvição de um inocente devem ocupar o mesmo espaço de preocupação e de compromisso, no que respeita ao exercício do Poder Judiciário, isto é, ao poder de dizer o direito.²⁴

Assim, sob o enfoque de um processo penal pautado pela presunção de inocência, em que o exercício das atividades persecutórias é norteado pelo respeito à dignidade humana, é que deve ser compreendida a tutela da prova, no processo penal.

Em *Habeas corpus* apreciado recentemente,²⁵ tive a oportunidade de me manifestar, em voto submetido ao Colegiado da 6ª Turma do

²³ GIACOMOLLI, Nereu José. Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo. In: WUNDERLICH, Alexandre; SCHMIDT, Andrei Zenckner [*et al.*]. **Política criminal contemporânea: Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal. Homenagem do Departamento de Direito Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 335-336.

²⁴ PRADO, Geraldo. Parecer. As garantias na investigação criminal: o direito de se defender provando. In: SCARPA; Antonio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Föppel El. **Temas de Direito Penal e Processo Penal. Estudos em homenagem ao Juiz Tourinho Neto**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 713.

²⁵ STJ, HC 160.662, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Sexta Turma, DJe de 17/03/2014.

Superior Tribunal de Justiça, favoravelmente à pretensão da defesa, no sentido de anular as provas obtidas mediante a quebra dos sigilos telefônico e telemático, por sua inidoneidade como fonte de prova, em face de sua fragmentação e do extravio de parte do produto das interceptações, ainda no âmbito policial.

Os elementos de prova questionados foram apurados na denominada Operação Negócio da China, deflagrada para investigar a eventual ocorrência de negociações fictícias, com o objetivo de dissimular a natureza de valores supostamente provenientes da prática do delito de descaminho, mediante a ilusão parcial do tributo devido na importação de produtos, por sociedade empresária, resultando na denúncia de 14 agentes.

No *writ* impetrado no Superior Tribunal de Justiça, discutia-se, entre outras teses defensivas, a ilicitude do produto das interceptações telefônica e telemática, em virtude da sua fragmentariedade e perda de sua unidade, dada a existência de áudios telefônicos descontínuos e mensagens eletrônicas não sequenciais, inclusive vinculadas à conta de *e-mail* do principal denunciado, as quais, após captadas, não foram armazenadas pelo provedor EMBRATEL, nem preservadas pela autoridade policial à qual direcionadas, com a perda irreparável da aludida fonte de prova de interceptação telemática.

Ponderou o impetrante, na ocasião, que a ausência de preservação integral dos elementos informativos impedia os acusados de exercerem, de forma ampla, o contraditório e a ampla defesa, dada a impossibilidade de refutarem a tese acusatória, apresentando interpretação diversa do conjunto probatório.

Restou demonstrado, no aludido processo, que, apesar de franqueado, aos acusados, o acesso aos autos, parte das provas obtidas, a partir da interceptação telemática, foi extraviada, ainda na Polícia Judiciária, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, não sendo, portanto, tais provas encartadas nos autos do Inquérito Policial e da Ação Penal.

Na impetração, demonstrou-se, mediante prova pré-constituída, a impossibilidade de rastreamento da origem da prova, em razão do extravio de parte significativa do produto das interceptações telemáticas, mantidas sob custódia da Polícia Judiciária, fato atestado pela autoridade policial, pelo provedor de internet e pelo Juízo.

A inviolabilidade do direito de intimidade encontra-se consagrada no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

A Lei 9.296/96 – que disciplina a interceptação de comunicações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática – somente autoriza a quebra do sigilo, mediante decisão judicial, devidamente fundamentada, quando presentes indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com reclusão, desde que a prova não possa ser obtida por outros meios.

Na hipótese examinada no aludido *Habeas corpus*, entendeu-se pela inexistência de ilegalidade na quebra de sigilos telefônico e telemático dos supostos envolvidos na prática criminosa, que se deu por decisão judicial devidamente fundamentada, à luz do art. 2º, incisos I a III, da Lei 9.296/96, revelando a necessidade da medida cautelar, ante as provas até então coligidas, em face de indícios razoáveis de autoria ou de participação dos acusados em infração penal (art. 2º, I, da Lei 9.296/96), para a apuração dos delitos de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, crime contra a ordem tributária e formação de quadrilha, punidos com reclusão (art. 2º, III, da Lei 9.296/96), demonstrando que a prova da extensão da prática criminosa não poderia ser obtida por outros meios que não a interceptação telefônica e telemática, tendo em vista a clandestinidade das negociações, supostamente perpetradas por grupo organizado, com atuação internacional e dotado de poder econômico (art. 2º, II, da Lei 9.296/96), circunstâncias autorizadoras da quebra de sigilo, na linha da orientação jurisprudencial do STJ.²⁶

²⁶ STJ, HC 259.554, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe de 04/12/2013; HC 106.007, Rel. Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, DJe de 06/09/2010.

Contudo, a despeito da legalidade da decisão de quebra dos sigilos telefônico e telemático, constatou-se a perda irremediável do material obtido a partir das interceptações telemáticas realizadas através do provedor EMBRATEL, quando o aludido material ainda se encontrava sob a custódia da Polícia Judiciária.

A defesa – não obstante os provimentos liminares deferidos, pelo Superior Tribunal de Justiça, para assegurar o acesso aos autos do Inquérito Policial²⁷, bem como para suspender o prazo para apresentação de resposta à acusação, prevista no art. 396-A do Código de Processo Penal²⁸ –, viu-se inviabilizada de contraditar a acusação, porquanto, como se esclareceu, o conteúdo dos áudios telefônicos não fora disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, e as mensagens eletrônicas, vinculadas ao provedor EMBRATEL, perderam-se irremediavelmente, pois o computador utilizado, durante a investigação, precisou ser formatado.

Assim, apesar de garantido, pelo Juízo de 1º Grau, acesso, às partes, a todos os documentos e provas existentes e juntados aos autos do Inquérito e da Ação Penal, o material objeto da interceptação telemática, executada pelo provedor EMBRATEL, perdeu-se, no âmbito da Polícia Judiciária, e, portanto, não pôde ser juntado aos autos do Inquérito Policial e da Ação Penal.

Demonstrou-se, ainda, que, conquanto existentes, nos autos da Ação Penal, quatro mídias, contendo cópia de todos os *e-mails* relacionados ao provedor EMBRATEL, localizados nos computadores dos investigados, apreendidos pela autoridade policial, a recuperação da totalidade dos elementos informativos exigiria a apreensão de todos os computadores dos investigados (incluindo *desktops*, *notebooks* e *netbooks*, telefones, *tablets* e similares, no Brasil e no exterior) – que poderiam

²⁷ STJ, HC 122.992, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, Sexta Turma, DJe de 04/12/2008.

²⁸ STJ, Rcl 3.467, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe de 24/04/2009.

ter sido origem ou destino de mensagens enviadas ou recebidas pelo endereço eletrônico alvo –, o que se mostraria inviável, afigurando-se, portanto, inexequível a reconstituição segura da integralidade do produto da interceptação telemática.

Nos termos da Súmula Vinculante 14, do Supremo Tribunal Federal,

é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Na hipótese, como se viu, o material obtido por meio da interceptação telemática, vinculado ao provedor EMBRATEL, foi extraviado, ainda na Polícia Judiciária, impossibilitando, tanto à defesa, quanto à acusação, o acesso ao seu conteúdo. Comprovou-se, outrossim, no aludido feito, que a própria autoridade policial, em ofício dirigido à EMBRATEL, com base em documento do Setor de Inteligência Policial, identificando os *e-mails* interceptados por aquele provedor, insistiu em nova tentativa de sua localização, mencionando a importância, para a investigação, do material perdido.

Nesse contexto, o extravio e a não juntada, aos autos, de parte dos elementos de prova, resultantes da quebra de sigilos telemático e telefônico, tornou-a imprestável, considerando-se a impossibilidade de a defesa, após a denúncia, confrontar ditos elementos informativos, mediante o acesso integral do material probatório colhido, em violação aos princípios da unidade e da comunhão da prova, inviabilizando, assim, o exercício do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

O princípio do devido processo legal, consagrado no art. 5º, inciso, LIV, da Constituição Federal, assegura a observância de ritos e formas previstos para os atos processuais, impondo, assim, limites à atividade instrutória, somente reputando válida a prova produzida em conformidade com as normas previamente estabelecidas. Sob essa perspectiva, “o rito

probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo.”²⁹

O poder punitivo do Estado apenas encontra legitimação na observância dos princípios do devido processo legal e da presunção da inocência, que não podem ser assegurados sem que se disponibilize, a ambas as partes, o conhecimento integral das fontes de prova. Nesse sentido, o produto da interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, impondo-se, ao juiz, a tarefa de franquear, à defesa, os mesmos recursos para se preparar para o litígio, o que somente pode ser assegurado quando houver a preservação da integralidade dos elementos informativos colhidos no curso da investigação criminal.

Além disso, o Pacto de São José da Costa Rica, ao dispor, em seu art. 8º, 2, c, que “durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade (...) à concessão do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”, reafirma a necessidade de promover a igualdade entre a acusação e a defesa, desde o início da persecução penal.

A perda da unidade da prova, na contramão, promove a ruptura do equilíbrio entre os litigantes, inviabilizando o exercício da ampla defesa, ante a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória.

Sobre a questão, destacam-se as considerações de GRINOVER:

Se é assim, é evidente que a parte tem o direito de conhecer e de pronunciar-se sobre os resultados dos procedimentos de obtenção e produção da prova, em sua integralidade, até porque um dos princípios fundamentais da disciplina probatória é exatamente o da sua unidade. Significa ele, em síntese, que o material probatório forma uma unidade que, como tal, deve ser examinado pelo juiz em conjunto, para confrontar os diversos elementos, verificar sua concordância ou discordância e chegar, assim, à conclusão final.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10 ed., São Paulo: RT, 2007, p. 155.

A esse princípio liga-se ainda o da comunhão da prova que, por sua vez, indica que a prova não pertence à parte que a produz, pois uma vez trazida validamente ao processo passa a formar aquele conjunto unitário que deve servir à demonstração dos fatos controvertidos, pouco interessando se beneficia ou prejudica àquele que a introduziu nos autos.³⁰

Sobre o princípio da comunhão da prova, adverte BADARÓ:

O ônus da prova, em seu aspecto subjetivo, vem sofrendo atenuações. Um primeiro fator de redução da sua importância é a regra da comunhão da prova, também denominada de regra da aquisição da prova. No momento do julgamento, o juiz deve valorar todo o material probatório existente nos autos, independente de qual das partes produziu a prova. Assim, se um fato está provado, pouco importa se foi o autor ou o réu que levou para os autos o meio de prova que permitiu ao juiz formar o seu convencimento sobre a veracidade ou a falsidade da alegação sobre o fato que deveria ser provado. Em consequência, a demonstração dos fatos constitutivos de uma pretensão não deve ser necessariamente feita pelo autor. Por outro lado, a comprovação dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos de tal pretensão não precisa ser obra obrigatoriamente do réu. (...) Diante do princípio da aquisição processual, uma vez realizada a prova, ela será eficaz tanto em benefício como em prejuízo de qualquer das partes, independentemente de quem a produziu.(...) O juiz, no momento de julgar o processo, deverá considerar todas as provas existentes nos autos, quer elas tenham chegado ao processo por impulso da parte que se beneficiou com tal prova, quer por iniciativa da parte contrária, quer pela sua própria iniciativa *ex officio*. (...) Somente se a prova não for produzida pela parte sobre quem incide o ônus da prova, nem pela parte contrária, nem sequer pelo juiz, é que o processo será decidido segundo as regras da distribuição do ônus da prova.³¹

Assim, mostrou-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório – constitucionalmente garantidos –, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, em prejuízo da garantia da paridade de armas das partes.

³⁰ Parecer apresentado no HC 160.662, no STJ, p. 536.

³¹ BADARÓ, Gustavo. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2000, p. 185-187.

Sobre o tema, leciona FERRAJOLI:

A garantia da defesa consiste precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado. De conformidade com ele, para que uma hipótese acusatória seja aceita como verdadeira, não basta que seja compatível com vários dados probatórios, mas que também é necessário que não seja contraditada por nenhum dos dados virtualmente disponíveis. A tal fim, todas as implicações da hipótese devem ser examinadas e ensaiadas, de modo que sejam possíveis não apenas as provas, senão também as contraprovas. A busca destas deve ser tutelada e favorecida não menos do que a busca daquelas.³²

Nesse jogo de opostos, destaca, ainda, o referido autor italiano:

(...) para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e acareações.³³

Dessa forma, incumbe ao magistrado garantir um terreno propício à verificação e refutação das teses da acusação e defesa, salvaguardando o caráter dialético do processo. Nesse sentido, assevera PRADO que a defesa

(...) tem o direito de conhecer a totalidade dos citados elementos informativos para rastrear a legalidade da atividade persecutória, pois de outro modo não tem condições de identificar as provas ilícitas; o conhecimento integral é necessário para a defesa avaliar a correção do juízo e do Ministério Público sobre a infração penal supostamente praticada

³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 144.

³³ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 565.

pelo acusado e assim repudiar os excessos e/ou acusações infundadas; e, por derradeiro, para preparar-se para produzir a contraprova.³⁴

Com efeito, à luz do Estado de Direito, o conjunto de informações submetidas ao contraditório, no processo penal, deve ser completo, não cabendo à autoridade policial proceder à seleção do material colhido na interceptação telefônica.

Pertinentes os ensinamentos de PRADO, que, ao analisar o direito anglo-americano, destaca o seguinte:

Como sublinha Michelle Taruffo, no processo penal angloamericano a qualidade da sentença resultante do debate oral entre as partes na fase de juízo que em nosso modelo corresponde à etapa que se inicia quando é proferida a decisão de admissibilidade da acusação (art. 399 do CPP41), deve grande parte de sua funcionalidade à fase anterior, denominada *pre-trial*, “em que se realizam todas as atividades necessárias para que o debate possa ter lugar de modo mais rápido ordenado e correto”.

Assim, enfatiza o referido jurista que no processo norteamericano, para que o julgamento possa ser eficaz instrumento de definição da verdade e de atribuição de responsabilidade penal, se for o caso, é imprescindível que na etapa preliminar as partes possam contar com amplo repertório de meios de *Discovery*, para o fim de “especificar, examinar e conseguir todos os meios de prova destinados a produzir-se em debate”.

Não há mais espaço para a chamada *carried in the dark*, que consistia no conjunto de manobras de uma parte visando “surpreender” a outra e desse modo conquistar uma vantagem estratégica nos debates. A forma usual de empregar o *carried in the dark* era por intermédio da introdução de meios de prova desconhecidos da parte contrária (*unfair surprise*), que ignorava seu modo de aquisição (a fonte de provas).³⁵

Assim, prossegue o referido autor:

³⁴ PRADO, Geraldo. Parecer apresentado em memorial no HC 160.662, no STJ, p. 18-19.

³⁵ PRADO, *op. cit.*, 2013, p. 710-711.

(...) com o advento da *Rule 16 das Federal Rules of Criminal Procedure*, nos anos 70 do século XX, os Estados Unidos da América testemunharam a construção do conjunto de medidas de “descoberta” das fontes de prova (*Discovery devides*), isto é, de providências eficazes para que uma das partes tome conhecimento das provas que a outra pretende produzir e como as obteve de sorte a poder controlar a legalidade do acesso às fontes de prova.³⁶

Desse modo, para assegurar a efetividade do princípio da presunção da inocência, é imprescindível propiciar o controle da atividade probatória, cabendo ao juiz a fiscalização da regularidade procedimental, condição de validade do processo penal voltado ao respeito da dignidade da pessoa humana, “valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional)”, e “princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa”³⁷, na concepção de SARLET.

Convém mencionar que, na mesma linha do direito comparado, as alterações promovidas pela Lei 11.719/08 – que define a fase da admissibilidade da acusação (art. 395 do CPP) como mais uma etapa da persecução penal – reafirmam a importância da transparência e da atuação defensiva na investigação criminal, cabendo ao juiz, em conformidade com as novas regras,

(...) controlar a correção dos requisitos de verificabilidade e assegurar a paridade de armas, para que o processo penal concreto não seja mero jogo de cena ou cerimônia protocolar, consoante mencionado, algo que apenas antecede a imposição do castigo previamente definido pelas forças políticas.³⁸

E, assim, dar “concretude ordinária ao mandamento constitucional de um processo penal devido regido pela presunção de inocência.”³⁹

³⁶ PRADO, *op. cit.*, 2013, p. 711.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. *op.cit*, 2010, p. 11-12.

³⁸ PRADO, Geraldo. Parecer apresentado em memorial no HC 160.662, no STJ, p. 20.

³⁹ *Ibidem*, p. 20.

É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, cabe selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação.

Dispõe o art. 9º e parágrafo único, da Lei 9.296/96:

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

O art. 9º da Lei 9.296/96, ao estabelecer a inutilização, por ordem judicial, do material captado que não interesse ao objeto investigado, mediante o acompanhamento da acusação, facultada a presença do acusado, confirma a natureza bilateral da prova, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações telefônicas autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária – tal como ocorreu, no aludido *Habeas corpus* 160.662 –, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame e a valoração da pertinência das provas.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS

CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. 1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação – não importam em prejuízo à defesa. 2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. 3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei

8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corréu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 **Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida.** 4. Ordem denegada.⁴⁰ (grifo nosso)

Assim, decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização de mídia, contendo o inteiro teor dos diálogos interceptados. A esse respeito, vale mencionar o seguinte trecho do voto proferido no HC 171.910:

(...) é assente nos Tribunais Superiores o entendimento de que não possui a defesa direito subjetivo à redução à termo de todo o conteúdo da quebra de sigilo telefônico, sendo imprescindível, tão somente, a fim de assegurar o amplo exercício da defesa, que se permita às partes acesso à mídia dos diálogos captados, bem como à transcrição dos trechos que embasaram o oferecimento da denúncia.⁴¹

Sobre o assunto, BALTAZAR JÚNIOR assevera que:

⁴⁰ STF, HC 91.867, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 20/09/2012.

⁴¹ STJ, HC 171.910, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe de 09/12/2013.

A degravação integral do registro da interceptação é, porém, desnecessária, inconveniente e até mesmo inexecutável. Desnecessária porque muito do que é gravado não diz respeito ao objeto das investigações, sendo a degravação parcial suficiente para a compreensão dos fatos. Caso haja alegação da defesa de que o extrato dos diálogos degravados leva a uma falsa compreensão dos fatos, deverá apontar quais os pontos que demonstram a inconformidade com a versão da acusação, ou aqueles necessários para uma integral compreensão indicando-os ou transcrevendo-os. Para tanto, deverá ser facultada a oitiva do conteúdo integral da interceptação, disponibilizando-se, na Secretaria da Vara, o equipamento para que os defensores possam ter acesso integral à prova produzida ou entregando cópia das gravações.⁴²

Na hipótese mencionada, trazida a exame do Colegiado do Superior Tribunal de Justiça, restou demonstrado que o procedimento de seleção das comunicações telefônicas interceptadas foi realizado com preterição das formalidades legais e com violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Conquanto seja pacífico o entendimento de que desnecessária a transcrição integral de todo o material telefônico interceptado, é imprescindível que, pelo menos em meio digital, a prova seja fornecida à parte em sua integralidade, com todos os áudios do período, sem possibilidade de qualquer seleção, pelos policiais executores da medida, óbice que, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, atua como verdadeira garantia ao cidadão.

Inexistindo, pois, nos autos da aludida Ação Penal, a integralidade das interceptações telemática e telefônica, em decorrência de perda e de seleção unilateral das provas, no âmbito policial, sem a intervenção do Juiz e controle das partes processuais, inviável a confrontação das teses acusatórias, pela defesa.

Assim, no caso em análise, a perda da fonte de prova da interceptação telemática, de natureza não repetível, e a seleção do material obtido por

⁴² BALTAZAR JÚNIOR, José. **Crimes Federais**. 5.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 558.

meio da interceptação telefônica, com preterição das formalidades legais, previstas no procedimento de incidente de inutilização de provas, inserto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, para a eliminação das gravações, implicou a ilicitude de toda a prova obtida mediante a interceptação, não se tratando de mera inobservância de normas processuais (prova ilegítima), mas de contaminação da própria fonte da prova (prova ilícita), que não pode ser rastreada e contraditada, constituindo a única versão dos fatos, insuscetível de prova em contrário, e, portanto, sem idoneidade para permanecer nos autos da referida Ação Penal.

Nesse ponto, destaco excerto do voto proferido no julgamento do HC 149.250, pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Adilson Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), que anulou as provas obtidas na interceptação telefônica, na denominada Operação Satiagraha, citando lição doutrinária do Ministro Luís Roberto Barroso, que consignou:

A observância dos princípios processuais não significa a busca da impunidade e nem mesmo um incentivo à criminalidade. Se o Estado estiver devidamente aparelhado este conseguirá por meio de procedimentos lícitos produzir as provas necessárias que possam demonstrar a culpabilidade de um acusado, ainda que o crime praticado pelo infrator possa causar repulsa aos seus semelhantes em razão de preceitos éticos ou morais. A partir do momento em que existe a quebra de todas as garantias estabelecidas na Constituição Federal pode-se afirmar que o Estado de Direito também está sendo fragilizado, uma vez que as Instituições perdem o seu sentido e a promoção da justiça é transferida para terceiras pessoas, o que fere o princípio da imparcialidade e do devido processo legal.⁴³

Sobre a inadmissão das provas ilícitas no processo, leciona PACELLI:

(...) o princípio desdobra-se em duas direções distintas, ambas porém dirigidas ao juiz, a saber: a) de um lado, impondo a observância

⁴³ STJ, HC 149.250, Rel. Ministro ADILSON MACABU (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe de 05/09/2011.

das *regras do jogo*, de modo a limitar a valoração da prova obtida ilicitamente como regra de *juízo*; o juiz, independentemente da qualidade da prova deve ignorá-la, pois aceitar uma prova produzida contrariamente às normas procedimentais implicaria tratamento desigual às partes; b) de outro lado, a vedação das provas ilícitas influiria como regra de *convencimento*, impedindo que o juiz construísse a sua certeza com base em material produzido *fora do controle judicial*.⁴⁴

Portanto, constatada, na situação ora em exame, a ilicitude da prova resultante das interceptações telefônica e telemática, por inobservância do método probatório constitucionalmente adequado (art. 5º, LVI, da CF), em razão do desaparecimento parcial do material informativo e de sua seleção unilateral, no âmbito da Polícia Judiciária, o que afetou a unidade e a comunhão da prova, revelando uma atuação estatal fora dos limites legais e constitucionais, na tutela da prova, restou caracterizada a violação aos direitos fundamentais dos acusados, não havendo outro caminho senão determinar o seu integral desentranhamento (arts. 5º, LVI, da CF e 157 do CPP) e a verificação da existência de eventual prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP.

4) CONCLUSÃO

É inegável que, nas complexas relações da sociedade contemporânea, a exceção constitucional que autoriza a quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas tem-se revelado um eficaz instrumento, notadamente na investigação da macrocriminalidade, do crime organizado, que hoje opera em praticamente todos os países, utilizando-se de avançados sistemas de comunicação.

A legítima pretensão do Estado de investigar as infrações penais e punir seus responsáveis deve, porém, harmonizar-se com as regras do Estado de Direito, com estrita observância do devido processo legal e dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 184.

Levando-se em conta a proteção constitucional dos direitos e garantias fundamentais e o fato de que a regra é a inviolabilidade do sigilo de dados e das comunicações telefônicas, a decisão judicial que afastar tal postulado depende, necessariamente, de adequada fundamentação, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, que justifique a necessidade e indispensabilidade da quebra de sigilo, obedecidos os parâmetros da Lei 9.296/96.

Além disso, autorizada a medida cautelar, deve a prova ser colhida com observância das prescrições legais, sem possibilidade de seleção unilateral dos elementos de informação, no âmbito policial, e com disponibilização, às partes, da integralidade do material colhido na investigação.

Destaca-se, no particular, que o Estado tem o dever de preservação da fonte de prova, em sua inteireza, porquanto a integralidade do material probatório interessa, não apenas à acusação, mas também à defesa, que dela pode – ou poderia – utilizar-se, para contrapor-se à acusação.

A esse respeito, vale rememorar a lição de FERRAJOLI, que destaca que, “para que uma hipótese acusatória seja aceita como verdadeira, não basta que seja compatível com vários dados probatórios, mas que também é necessário que não seja contraditada por nenhum dos dados virtualmente disponíveis”.⁴⁵

No caso em apreciação, no qual houve a perda parcial da fonte de prova obtida mediante a quebra de sigilo telemático e a fragmentação daquela decorrente da escuta telefônica, no âmbito da Polícia Judiciária, sem preservação da integralidade do material informativo obtido na investigação, restou prejudicado o devido processo legal e inviabilizado o exercício da ampla defesa, por impossibilitada a efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova, reputada relevante para a apuração, no que objeto de extravio, pela própria autoridade policial. Revelou-se, assim, indubitosa a violação aos direitos fundamentais dos acusados.

⁴⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, 2010, p. 144.